最高法院刑事判決

115年度台上字第2697號

上　訴　人　林咏慶

上列上訴人因違反毒品危害防制條例等罪案件，不服臺灣高等法院中華民國115年2月25日第二審判決（113年度上訴字第5141號，起訴案號：臺灣新北地方檢察署110年度偵字第18820、43596號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、上訴意旨略稱：同案被告鄭沛雯（另經判刑確定）為上訴人林咏慶之配偶，依刑事訴訟法第180條第1項第1款規定，得拒絕證言，然偵查檢察官於訊問鄭沛雯之初，並未先行告知得拒絕證言之權利，亦未先行令其簽署證人結文，即直接訊問，直至訊問最末始行告知得拒絕證言，並命鄭沛雯補簽證人結文，鄭沛雯即表明就上訴人部分拒絕證言，顯已違反正當法律程序，更架空刑事訴訟法保障被告之核心權益，原判決竟認鄭沛雯以被告身分所為之陳述，具有特信性及必要性，應例外具有證據能力，而作為認定上訴人犯罪之證據，於法自有違誤云云。

三、原判決本於事實審法院採證認事之職權行使及推理作用，認定上訴人確有其引用第一審判決事實欄（下稱事實）一之

㈠、㈡所載之犯行明確，因而維持第一審論處上訴人共同犯販賣第二級毒品、販賣第二級毒品未遂各1罪刑，並定應執行刑之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，主要係依憑上訴人於偵訊、第一審羈押庭之自白，及證人康元鐏於偵查中之證述，復佐以卷內通訊軟體Messenger對話紀錄截圖、存款交易明細、現場監視器錄影畫面等相關證據資料，已說明其採證認事的理由。並就上訴人否認犯行，辯稱：其於偵查中之自白並非出於任意性，而事實一部分係幫康元鐏尋找毒品交易對象云云，認不足採憑，予以指駁論述。所為論斷，俱有卷證資料可資覆核。

四、被告以外之人於偵查中，經檢察官非以證人身分傳喚，於取證時，除在法律上有不得令其具結之情形者外，亦應依人證之程序命其具結，方得作為證據，惟是類被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第159條之2、第159條之3之同一法理，仍得例外認為有證據能力，而援為斷罪之證據。此際，該被告以外之人就關於其他共同被告之涉案事項，實質上具有證人之地位，倘具有刑事訴訟法第180、181條所定拒絕證言權時，檢察官仍應適時依同法第185條第2項規定踐行告知義務，不因係以被告身分傳訊而有異同，縱檢察官係於供後告知並令具結，然受訊人倘已表明行使拒絕證言權之意，仍不能認已履行告知之職責，以免剝奪其拒絕證言權，而維護司法之正潔性。然拒絕證言權之制度，其法理根據本係權衡發現真實與不強人所難之價值而設計，檢察官縱有違反告知義務之情事，所取得之證據是否具有證據能力，仍應適用刑事訴訟法第158條之4規定，於審酌被告人權保障及公共利益維護後權衡認定。

核之卷內資料，鄭沛雯於警詢時已表明為上訴人之配偶，而檢察官於偵查中係以被告身分訊問鄭沛雯，僅告知刑事訴訟法第95條第1項所定權利事項，並未告知得拒絕證言，嗣於訊問關於上訴人之涉案事實後，始依刑事訴訟法第185條第2

項規定踐行告知義務，並令具結，惟鄭沛雯隨即表明就上訴人部分不願意作證之意（見偵字第18820號卷第271至274頁）。依上述說明，鄭沛雯於偵查中關於上訴人涉案部分之陳述，其證據能力確存有瑕疵，原判決逕以檢察官係分離「被告」與「證人」訊問程序為由，割裂判斷認鄭沛雯於偵查中之證述具有特信性及必要性，而有證據能力云云（見原判決第12至15頁），未加權衡，其採證尚嫌違反證據法則，有所未合。惟證明同一事實，如有二種以上，而其中一種之證據縱有違證據法則，然除去該部分，綜合案內其他證據，仍應為同一事實認定者，則此項違誤係屬程序違法且不影響於判決，依刑事訴訟法第380條規定，仍不得指為有調查職責未盡及判決理由不備或矛盾之違誤。本件原判決認定上訴人有前述販賣第二級毒品之犯行，並非專以鄭沛雯於偵查中之陳述為主要證據，已如前述，是縱除去此部分證據，綜合案內其他證據，仍應為同一事實之認定，並不影響原判決之本旨，尚不能執為適法之第三審上訴理由。

五、綜上，本件上訴人之上訴，不合法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　3　　日

刑事第九庭審判長法　官　林英志

法　官　劉興浪

法　官　許泰誠

法　官　李秋瑩

法　官　蔡廣昇

本件正本證明與原本無異

書記官　盧翊筑

中　　華　　民　　國　　115　　年　　9　　月　　7　　日